

# REFLEXIONES SOBRE EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA

## Concepto y bien jurídico protegido

Aixa Gálvez Jiménez

---

GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa. Reflexiones sobre el delito de administración fraudulenta: Concepto y bien jurídico protegido. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2015, núm. 17-02, pp. 1-32. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-02.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 17-02 (2015), 19 mar]

**RESUMEN:** La situación económica en la que nos encontramos requiere la intervención del Derecho penal para poner freno a numerosas conductas que impiden el buen funcionamiento del tráfico mercantil. La inclusión en el Código Penal de 1995 de los delitos societarios, y concretamente del delito de administración fraudulenta, es sin duda un ejemplo del objetivo del legislador de acabar con la delincuencia económica. No obstante, se trata de un camino arduo en el que la disciplina penal deberá ponerse en relación con el resto del ordenamiento para entender la respuesta que los poderes públicos dan en forma de normativa a los problemas del ámbito societario. Por ello, es conveniente analizar no solo la pertinencia del injusto y su ubicación dentro de la rama penal; además, será necesario evaluar comparativamente el bien jurídico protegido en relación con otros objetos posibles de protección (en el caso de que el delito se hubiese configurado de otra forma), así como la concreción de dicho bien jurídico protegido por ilícitos similares, especialmente por la apropiación indebida.

**PALABRAS CLAVE:** Delitos societarios, orden

socioeconómico, bien jurídico protegido, administración desleal.

**ABSTRACT:** The economic situation in which we find ourselves requires the intervention of the Criminal Law in order to curb numerous behaviors that prevent the proper functioning of the commercial traffic. The inclusion of the corporate crimes in the Criminal Code of 1995, and specifically the crime of fraudulent management, is without any type of doubt an example of the objective of the legislator of ending economic crime. However, it is a tedious road in which criminal discipline should be put in relation to the rest of the legal system in order to understand the response that Governments give in form of regulations to the problems of the corporate sector. For this reason, it is convenient to analyze not only the relevance of the unfair and its location within the Criminal Branch; In addition, it will be necessary to comparatively assess the legal asset safeguarded in relation to other possible objects of protection (in the case that the crime had been configured in other way), as well as the specification of this legal asset safeguarded by similar illicit, especially for misappropriation.

**KEYWORDS:** Corporate crime/felonies, socio-economic order, legal asset safeguarded, fraudulent management.

Fecha de publicación: 19 marzo 2015

*SUMARIO: I. Derecho penal económico en el ámbito societario. 1. La necesaria intervención del Derecho penal en las relaciones societarias. 2. Especial referencia a la administración desleal como figura delictiva. II. Delitos patrimoniales y delitos societarios como parte del orden socioeconómico. III. El bien jurídico protegido en el delito de administración desleal. 1. Delito de administración desleal en el ámbito societario versus delitos de administración desleal en el patrimonio ajeno. 2. Delimitación del bien jurídico protegido en el artículo 295 del Código Penal. A) El patrimonio como bien jurídico protegido. B) El orden socioeconómico como bien jurídico protegido. C) Especial referencia al vínculo de fidelidad. 3. Distinción de figuras afines: la apropiación indebida. A) El delito de administración desleal como complemento al delito de apropiación indebida. a) Teoría de los círculos concéntricos b) Teoría de los círculos secantes c) Teoría de los círculos tangentes. B) El delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal como figuras totalmente distintas.*

## **I. DERECHO PENAL ECONÓMICO EN EL ÁMBITO SOCIETARIO**

### **1. La necesaria intervención del Derecho penal en las relaciones societarias**

La actividad normativa que cristalizó con la promulgación del Código Penal de 1995 tiene ciertos perfiles controvertidos en torno a las relaciones societarias. La inclusión de los delitos referidos a esta realidad del tráfico mercantil en el aludido texto legal carecía entonces de antecedentes en los que apoyarse. De manera que la construcción de una estructura sólida a través de la que estas figuras delictivas quedaran definidas de forma correcta, debía de reflejar el buen uso del Derecho, entendido como un “instrumento de ordenación”<sup>1</sup>. La nueva normativa debía configurarse con la intención de sancionar las conductas ilícitas de la forma más equitativa posible<sup>2</sup>; respetando los cánones básicos derivados de cada rama del ordenamiento jurídico, que como veremos hacen más confusa su aplicación, y tomando siempre como línea de referencia los principios limitadores del poder punitivo del Estado.

Las relaciones surgidas en el ámbito económico, y más concretamente en el ámbito societario, han estado marcadas por una insondable tenebrosidad que ha aumentado en el actual contexto de crisis. El desmesurado crecimiento económico, el avance en el mundo tecnológico, la ampliación del mundo empresarial, etc., crean el escenario perfecto para que la denominada delincuencia económica sea cada vez más habitual. Ésta necesita inexcusablemente de la intervención del Derecho penal para sancionarla y dotar al ámbito patrimonial y socioeconómico de una protección efectiva derivada en la tutela de los derechos de socios, accionistas y trabajadores, entre otros.

<sup>1</sup> GARCÍA MARTÍN, L., “El Derecho penal ante la globalización económica”, *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo* (dirigido por SERRANO-PIEDRECASAS, J. R., y DEMETRIO CRESPO, E.), Madrid, Codex, 2010, pág. 64.

<sup>2</sup> Se haría así, por acato al artículo 1.1. de la Constitución Española: “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

De este modo, el incremento de los denominados “delitos de cuello blanco”<sup>3</sup> requiere acudir al Derecho penal con el objetivo de incluir en el Código la tipificación de determinadas actuaciones surgidas en el ámbito relaciones modernas y complejas que demandan por su carácter ciertos estándares de vigilancia y punición. Frente a esta tesis, desde la que se conciben los delitos a los que se hace alusión como una realidad moderna y fruto de disfunciones del sistema económico contemporáneo, algunas voces trataron de darles encaje dentro de los delitos contra la propiedad del antiguo Código Penal (en los que en ocasiones se pretendía encuadrar las conductas llevadas a cabo en perjuicio de la sociedad y de los integrantes de la misma). Éstos provienen en su mayoría del Derecho romano, es decir, de un sistema económico rudimentario que presenta como notas características el libre intercambio y al comerciante como un sujeto individual<sup>4</sup>, notas que son contrarias a la naturaleza de los ya mencionados delitos societarios.

La tipificación de las conductas ilícitas surgidas en el ámbito de las sociedades mercantiles, ampararon el objetivo de evitar que ciertos sujetos (personalizados en administradores desleales o falsos agentes) se aprovecharan de la legislación tradicional para cometer determinados actos. Éstos, que en su mayoría son personas que cuentan con una gran capacidad para llevar a cabo maquinaciones de todo tipo encaminadas a obtener lucros ilícitos, eran conscientes de que existía una laguna de punibilidad que podrían aprovechar en caso de ser enjuiciados para no ser penados.

La intervención del Derecho penal en la realidad actual aviva de forma subsidia-ria el debate surgido en torno a la necesidad a la que debe responder este Derecho, de forma que no abandone su carácter de *última ratio*. Considerar cuál es el punto que hemos de entender como límite insalvable para que el ordenamiento penal pueda ser aplicado sobre una problemática concreta trae aparejadas controversias de todo tipo. La tarea de determinar indicadores que definan qué acciones derivadas del ejercicio económico deben ser sancionadas a través de la vía penal es difícil. Incluso tomando como referente el Derecho comparado, la cuestión no deja de ser controvertida, ya que el Derecho penal de los negocios deberá adaptarse al sistema económico existente en cada país<sup>5</sup> o a cada mercado integrado, como podría ocurrir en el caso de la Unión Europea, donde parte de la regulación económica está encomendada a dicho ente al que los Estados miembro le han atribuido tales competencias.

El Derecho penal que en este caso se concreta en el Derecho penal económico, pero que presenta la misma estructura al ser considerado como una rama del mis-

<sup>3</sup> Reciben esta calificación debido al libro de SHUTHERLAND denominado “El delito de cuello blanco” que se publicó por primera vez en Nueva York en 1949 y que refleja un estudio que se hizo sobre los delitos cometidos por los poderosos en una época en la que EE.UU estaba sumida en altos niveles de corrupción.

<sup>4</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Madrid, Civitas, 1996, pág. 19.

<sup>5</sup> CARIOLI MARTÍNEZ, M., “La imprescindible tensión dinámica entre el Derecho penal económico y la política criminal”, *Nuevos desafíos en el Derecho penal económico* (dirigido por CARIOLI MARTÍNEZ, M.), Buenos Aires, B de f, 2012, pág. 102.

mo<sup>6</sup>, selecciona qué bienes jurídicos va a proteger y en qué medida. Nos alejamos así de aquellos que creen que el Derecho penal se limita a intentar ordenar la sociedad con la amenaza de pena. De hecho, para esta parte del ordenamiento resulta fundamental estudiar el bien jurídico que pretende salvaguardar y que habrá nacido por unas necesidades concretas de la sociedad, que en cierta medida llama al *ius puniendi* para que facilite las relaciones de convivencia. En este caso, el legislador acertó inclinándose por la protección de forma individual de los intereses de la sociedad y sus componentes, así como de forma general por la protección de la estabilidad económica, y el mercado en sí.

Debido a la relevancia que envuelve la tutela que se pretende ofrecer a través de esta normativa, surge en torno a algunas de las figuras delictivas en el ámbito societario la imposibilidad de acudir a otra rama del Derecho que no sea la penal. Esto no quiere decir que el Derecho penal deje a un lado los cánones valorativos empleados en la legislación civil y mercantil<sup>7</sup>, ya que en tal caso se terminaría conceptualizando un Derecho penal confuso y lleno de contradicciones. Ello porque conviene siempre tener presente que por “encima de la autonomía del Derecho penal para seleccionar las conductas punibles ha de situarse, lógicamente, la unidad interna y la coherencia de todo el orden jurídico”<sup>8</sup>.

En la misma línea, Faraldo Cabana añade que la autonomía del Derecho penal no significa que éste sustituya las funciones que tienen encomendadas otras ramas del ordenamiento jurídico<sup>9</sup>. Por su parte, Del Rosal Blasco afirma que “el Derecho penal societario no es una rama meramente complementaria de la regulación mercantil en la materia. El Derecho penal no pierde su autonomía a la hora de definir sus presupuestos y de establecer sus propias consecuencias jurídicas”<sup>10</sup>. Lo cierto es que de un modo u otro, la constatada autonomía del Derecho penal para configurar sus efectos debe responder a tres cuestiones: “modo, calidad y cantidad”<sup>11</sup>; pues en el caso de no hacerlo se consideraría al Derecho penal como un invasor del Derecho privado mediante la extralimitación del *ius puniendi*.

Algunos autores, examinando los delitos societarios de forma separada, consideran que el legislador ha coordinado nuevas conductas con lo ya regulado en otras Leyes, sin perder la esencia del Derecho penal consistente “en desempeñar su

<sup>6</sup> MACÍAS ESPEJO, M. B., *Análisis criminológico y político criminal del delito de publicidad engañosa*, (tesis doctoral dirigida por SUÁREZ LÓPEZ, J. M.), Editorial de la Universidad de Granada, 2012, pág. 153.

<sup>7</sup> No se incluye al Derecho administrativo porque su papel no tiene en líneas generales la misma relevancia en este ámbito que el Derecho privado, aun siendo aquél especialmente relevante, al estar en consonancia con el artículo 294 CP.

<sup>8</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Delitos...*, op. cit., pág. 24.

<sup>9</sup> FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 101.

<sup>10</sup> DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pág. 49.

<sup>11</sup> MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pág. 79.

función social estableciendo y perfilando normas que sean fundamentales para la convivencia”<sup>12</sup>. Por el contrario, y apoyándose en la derogada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y Ley de Sociedades Anónimas<sup>13</sup>, otros<sup>14</sup> manifiestan que con la regulación de los delitos societarios en el Código Penal se ha quebrantado el principio de intervención mínima así como obviado la legislación similar a la que se ha pretendido regular.

Los delitos societarios: infracciones dentro de la sociedad relativas al falseamiento de cuentas (artículo 290), imposición de acuerdos lesivos (artículo 291), aprovechamiento de acuerdos lesivos (artículo 292), lesión de los derechos sociales de participación (artículo 293), oposición al control administrativo (artículo 294) y administración desleal (artículo 295 CP); deben ser interpretados de forma bastante restrictiva, respetándose así el carácter de *última ratio* del Derecho penal. De manera que, atendiendo al articulado de la presente Ley de Sociedades de Capital, se puede dudar si el Derecho penal se ha extralimitado, invadiendo en este caso al Derecho mercantil<sup>15</sup>.

De nuevo, y sin abandonar la temática de la regulación mercantil o penal sobre actos controvertidos que surgen en el ámbito societario, nos cuestionamos si sería más apropiado que estos delitos estuvieran regulados a través de una Ley especial. Lo cierto es que no hay establecido ningún criterio que dote de más importancia al Código Penal que las mencionadas Leyes especiales, pero sí es incuestionable que los preceptos contenidos en el primer grupo son los que verdaderamente cuentan

<sup>12</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Crisis económica y Derecho penal: responsabilidad de intermediarios financieros por la comercialización de productos de terceros, incremento de insolvencias y de la conflictividad social”, *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial de riesgo* (dirigido por SERRANO-PIEDRECASAS, J. R., y DEMETRIO CRESPO, E.), Madrid, Colex, 2011, pág. 61.

<sup>13</sup> Leyes que se derogan en virtud de la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Capital, a través del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

<sup>14</sup> En este sentido, REBOLLO VARGAS, R., “Función real y función simbólica de los delitos societarios” *Estudios penales y criminológicos*, nº26, 2006, pág. 224, alude expresamente a los artículos 291, 293 y 294; igualmente, ROCA AGAPITO, L., “Delitos societarios”, *Derecho penal español. Parte especial II* (dirigido por ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 708; y únicamente considerando que quebranta el principio de *última ratio*, FERRÉ OLIVÉ, J. C., “La administración social fraudulenta (artículo 295 del Código Penal)”, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital: aspectos civiles, penales y fiscales* (coordinador por GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., y GALÁN CORONA, E.), Madrid, Tecnos, 1999, pág. 128.

<sup>15</sup> Así, por ejemplo, el artículo 291 del Código Penal no reviste un perjuicio que realmente justifique la intromisión del Derecho penal. El artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital, considera que “Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros”. Por lo que, de forma más concreta la conducta tipificada en artículo 291 CP, podría enjuiciarse a través de este precepto, no siendo necesaria una sanción penal que castigue esta acción. En el mismo sentido, el artículo 293 CP nace sobre la base del artículo 97 LSC que establece que “La sociedad deberá dar un trato igual a los socios que se encuentren en condiciones idénticas”, con lo que, simplemente con este precepto la persona que forme parte de la sociedad tiene plena facultad para acudir a los Tribunales en el caso de que vea quebrantado uno de sus derechos. De forma más concreta, el artículo 97 LSC, situado en el Capítulo II, se refiere a los derechos de los socios, mientras que el Capítulo III del Título VI alude a los deberes de los administradores. Entiendo, que con lo expresado en estos artículos bastaría para poder poner fin a conductas irregulares derivadas de la violación de tales derechos y deberes.



con mayor presencia, no ya solo por ser más conocidos también por ser los que realmente despiertan el interés de la sociedad al ser considerados como propiamente penales. El legislador ha intentado borrar así “la imagen falsa” que entiende que los delitos societarios “son puramente ilícitos mercantiles”, pretendiendo con la inclusión de estas conductas ilícitas en el Código Penal no restarle la importancia que le hubiera arrebatado al englobarlos dentro de una Ley específica, aun teniendo en cuenta que por la cambiante realidad social a la que responden hubiera sido mejor no enmarcarlos dentro de una normativa estática<sup>16</sup>.

Trasladando lo anterior a la práctica, entiendo que en caso de que equivocadamente el sujeto perjudicado acuda a los Tribunales penales para solventar un litigio, y estos consideren que los actos a enjuiciar no están dentro de sus competencias por corresponder al Derecho privado, se inhibirán para que conozca la jurisdicción que sea considerada competente. Solucionándose así la inclusión de los preceptos relativos a los delitos societarios en el Código Penal, y atendiendo a cada caso en concreto.

Por último, y dejando a un lado el carácter mercantil o penal de las conductas tipificadas como delitos societarios, es necesario subrayar el debate surgido acerca de la necesidad de una “justicia especializada” en esta materia<sup>17</sup>. Esta idea resulta difícil de argumentar; la materia que nos ocupa está íntimamente ligada con otras ramas del ordenamiento, y por lo tanto a pesar de su consideración en algunas ocasiones como autónoma no debe de gozar de una jurisdicción expresa; así como tampoco sería recomendable otorgarle una parte de algún orden jurisdiccional establecido. Además, aun siendo delitos cada vez más habituales no son muy frecuentes.

Resumiendo, debido al aumento desorbitado de delincuencia económica en los últimos años, el Derecho penal debe intervenir con el fin de tutelar los intereses patrimoniales, pero también de forma general los que perjudican al ámbito socioeconómico. Este objetivo debe ser perseguido dentro de los límites propios del Derecho penal, respetando en virtud del principio de intervención mínima y su carácter de *última ratio*. En caso de duda, los Jueces deberán decidir qué jurisdicción será la que tenga competencia para conocer de los hechos que hayan dado lugar a una controversia de difícil encaje en las categorías recogidas por la legislación en cuestión.

## 2. Especial referencia a la administración desleal como figura delictiva

Dentro del marco de los recientes delitos societarios, se hizo necesaria la figura de la administración desleal o fraudulenta con el fin de suplir las deficiencias con las que contaba el ordenamiento punitivo. Se trataba en definitiva de tipificar una conducta que cada vez era más habitual y que dejaba de encajar dentro de los deli-

<sup>16</sup> FARALDO CABANA, P., *Los delitos...*, op. cit., págs. 42 y ss.

<sup>17</sup> JAÉN VALLEJO, M., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, *Comentarios al Código penal*, Tomo VIII (dirigido por COBO DEL ROSAL, M.), Madrid, Edersa, 1999, pág. 24.

tos tradicionales a través de los que anteriormente se habían sancionado este tipo de actos, como la estafa o, en la mayoría de los casos, la apropiación indebida<sup>18</sup>.

Sequeros Sazatornil<sup>19</sup> con el objetivo de facilitar la comprensión del sentido del ilícito, se ocupa de esta cuestión recopilando las conductas más frecuentes que revestían las características típicas del delito de administración fraudulenta; cita las siguientes:

- El uso de fondos sociales por los administradores en beneficio propio.
- La compraventa de bienes a precio distinto del estipulado de forma real.
- El empleo de recursos sociales para atender a los gastos personales de los administradores.
- La asignación de comisiones por parte de la sociedad administrada a sus administradores o su percepción directa por éstos o por sociedades vinculadas o controladas por ellos.
- El conocimiento de dividendos ficticios o no distribuibles.
- La ausencia de devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de vivienda en los supuestos de inejecución de lo pactado.
- La constitución de garantías reales sobre bienes de la sociedad en garantía con el cumplimiento de obligaciones ajenas a los intereses sociales.

Ante esto, resultaba evidente que la redacción del nuevo precepto no podía abarcar de forma específica, todas y cada una de las conductas que podrían caracterizar el ilícito; pero sí establecer unos límites dentro de los que el juzgador puede moverse para enjuiciar tales hechos. Esta necesidad culminó con la inclusión en el Código Penal de 1995 del precepto específico que sanciona la administración desleal en el ámbito societario y que obedecía a la demanda que en reiteradas ocasiones había llevado a cabo la doctrina y la jurisprudencia<sup>20</sup>; de forma general, ambas comparían la existencia de una necesidad tanto político-criminal como dogmática de la criminalización de determinadas conductas societarias<sup>21</sup>.

Cuando se alude a la necesidad político-criminal la doctrina se refiere a la necesaria intervención del Derecho penal a través de una figura que protegiera el patrimonio individual y al orden socioeconómico en general<sup>22</sup>. Dentro de los que siguieron esta idea (como veremos en el epígrafe dedicado al bien jurídico protegido de forma extensa), fueron muchos lo que esperaban la inclusión de un precepto que quedara configurado no como un delito socioeconómico sino como un delito patri-

<sup>18</sup> MATA MARTÍN, R. M., “Delitos societarios: administración desleal y demás figuras delictivas”, *Empresa y Derecho penal I* (dirigido por DEL ROSAL BLASCO, B.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pág. 340.

<sup>19</sup> SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, Madrid, La Ley, 2006, pág. 972.

<sup>20</sup> *Vid.*, las SSTs de 23 de junio de 1973 (RJ 2896); 17 de marzo de 1981 (RJ 1184); y 2 de abril de 1993 (RJ 3016).

<sup>21</sup> Por todos, ROCA AGAPITO, L., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 707.

<sup>22</sup> LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Madrid, Dykinson, 2011, pág. 210.

monial, es decir, como un delito de administración desleal del patrimonio ajeno entendido de forma genérica. Así, el delito de administración desleal no quedaría limitado únicamente al ámbito social expresado en el artículo 297 del Código Penal sino que sería entendido ampliamente, para así evitar problemas que pudieran surgir posteriormente.

Por otro lado, cuando la doctrina se refiere a la necesidad dogmática, se entiende como la necesidad de tipificar la administración desleal para llevar a cabo una separación entre ésta y otras dos figuras con características similares pero no de tal semejanza como para poder enmarcarse conjuntamente. Las conductas típicas englobaban contenidos diferentes que no eran merecedores de ser sancionados de igual manera<sup>23</sup>. De un lado, el delito de estafa distaba de forma considerable de las conductas ilícitas de administración fraudulenta. No existe en estas últimas el requisito de la estafa del “engaño previo” pues, entre los sujetos hay una relación de confianza sobre la que supuestamente se sustenta el funcionamiento de la sociedad. De igual manera, será necesario en el delito de estafa que la persona que lleva a cabo el engaño realice la disposición patrimonial de forma que cause un perjuicio directo, mientras que en el delito de administración fraudulenta el sujeto que lleva a cabo la conducta tiene capacidad de forma lícita de disponer de los bienes de la sociedad, causando un perjuicio que en muchos casos es difícil precisar<sup>24</sup>. De otro, el delito de apropiación indebida trae aparejado mayores problemas de individualización (que serán analizados en el siguiente epígrafe).

En todo caso, considero que la necesidad político-criminal, se encuentra en un escalón superior a la necesidad dogmática. La inclusión del precepto de administración desleal dentro del Código penal debe atender en primer lugar a una exigencia social, de forma que el delito sea entendido como una solución al aumento de controversias que han surgido por efecto de estas conductas. Así parece que lo ha querido mostrar el legislador, ya que las alusiones concretas a las figuras afines a la administración desleal que eran explícitas en la Exposición de motivos del Proyecto de Código Penal 1992<sup>25</sup>, desaparecieron cuando se llevó a cabo de forma definitiva la inclusión de los delitos societarios dentro del Código Penal (1995).

El Derecho penal tiene como objetivo regular las relaciones de convivencia, instaurar un orden e intervenir cuando sea necesario. Éstas son las verdaderas razones a las que debe de responder el *ius puniendi*. Por tanto, acudir a su uso debe estar justificado por circunstancias sociales, pero no por delimitar conductas afines que en ningún caso quedarán colmadas de una exactitud que las distinga de forma total

<sup>23</sup> MATA MARTÍN, R. M., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 340.

<sup>24</sup> A modo de ejemplo: STS de 2 de enero de 2004 (RJ 8091), donde observamos un caso de estafa en el ámbito interno de una sociedad.

<sup>25</sup> Exposición de motivos del PCP 1992: “las figuras comunes de estafa, apropiación indebida y falsedad documental no siempre son aplicables a las peculiares prácticas fraudulentas que pueden producirse en una sociedad mercantil, y ello porque la relación bilateral que en aquellos tipos comunes se aprecia con nitidez, no se presenta con la misma claridad en el ámbito societario”.



o radical. Por lo que, será considerado como instrumento imprescindible la interpretación que lleven a cabo los Jueces de los distintos preceptos normativos, con el fin de aplicarlos de la forma más adecuada posible.

En cuanto a la intervención del Derecho penal en el ámbito empresarial, la incorporación de los delitos societarios al Código Penal de 1995, y más concretamente del delito de administración desleal dio lugar a diversas opiniones. Los poderes públicos habían recorrido un camino tortuoso que culminaba con la redacción de un precepto que a pesar de no agradar a la mayor parte de la doctrina, sí la hizo coincidir en su importancia.

De este modo, Gómez Benítez consideró de forma concreta a la administración desleal como el *auténtico delito societario*<sup>26</sup>. Ésta es una concepción que entiende el delito que se analiza como el pivote principal sobre el que se construyen los demás ilícitos cometidos en el ámbito de las sociedades; esta postura se justifica a través de la necesidad político-criminal y dogmática reflexionada, donde no cabría lugar a dudas en torno a la valoración de esta figura como el más importante de los delitos societarios<sup>27</sup>. Además, a pesar de sus deficiencias, puede ser calificada como la más completa, al acaparar a través de las cuestiones concursales a los demás delitos societarios así como al ampliar el número de los sujetos<sup>28</sup> que pueden cometer los hechos encuadrados en la acción típica.

Así, Queralt Jiménez colma de elogios a este precepto considerando no solo la gran novedad que el mismo supone sino también tomándolo como la figura principal dentro de los delitos societarios<sup>29</sup>, llegando a determinar que las demás conductas que forman este ámbito que protege los intereses de la sociedad y en consecuencia los de los miembros en ella integrados<sup>30</sup> son simplemente “tributarias de esta capital infracción”<sup>31</sup>. Además propone sancionar esta conducta como un delito grave<sup>32</sup>, situándose al lado de aquellos que se han mostrado reacios a aceptar una sanción menor que la ofrecida por la apropiación indebida. Esta línea, considera por ende la administración fraudulenta como una “conducta grave y peligrosa”<sup>33</sup>.

<sup>26</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el proyecto de 1980 de Código Penal”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIII, crónica legislativa, fasc. 2, mayo-agosto, 1980, pág. 477.

<sup>27</sup> RÍOS CORBACHO, J. M., “Delitos societarios”, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, Tomo IV (dirigido por TERRADILLOS BASOCO, J. M.), Madrid, Iustel, 2012, pág. 142.

<sup>28</sup> Me refiero aquí a la figura de los socios como sujeto activo, incluida únicamente en el delito de administración desleal, y no en los demás delitos societarios.

<sup>29</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, Atelier, 2011, pág. 589.

<sup>30</sup> SEQUEROS SAZATORNIL, F. *Delitos...*, op. cit., pág. 351.

<sup>31</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...*, op. cit., pág. 589.

<sup>32</sup> De ser penado de la forma que propone QUERALT JIMÉNEZ, y tomando como referencia lo establecido en el artículo 33 del Código Penal, referente a las penas y sus clases, la pena de prisión de cuatro años tipificada en el artículo 295 quedaría agravada, como mínimo a cinco años.

<sup>33</sup> JUFRESA PATAU, F., y MARTELL PEREZ-ALCALDE, F., *Delitos societarios, de la receptación y contra la Hacienda Pública* (dirigido por GANZEMULLER ROIG, C., ESCUDERO MORATALLA, J. F., y FRIGOLA VALLINA, J.), Barcelona, Bosch, 1998, pág. 168.

Parece ser que el legislador a pesar de dotar a este delito con una pena mayor que el resto de las figuras societarias, no acertó a trasladar la realidad social a la redacción del artículo. De esta forma, puede entenderse que dejando a un lado la delimitación del sujeto activo, la posición doctrinal señalada pretende otorgarle a la acción punible una pena mayor, comprendiendo como uno de sus principales fines la tutela del orden económico general.

Por su parte, Roca Agapito no ha dudado en equiparar la importancia del delito de administración desleal con el de falsificación de documentos, considerando ambos como las más destacadas figuras societarias<sup>34</sup>. La protección que otorga el delito que castiga a los “que falsearen cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad” (artículo 290 CP), persigue un fin muy loable. Es necesario otorgar una sanción concreta a este tipo de acción que puede ser fácilmente cometida en el funcionamiento de la sociedad mercantil de la que el sujeto sea administrador. Pero aun así, no creo que se deba comparar la pertinencia de ambos delitos, considero que el delito de administración desleal trae consigo aparejado mayores problemas probatorios que el delito de falsificación de documentos en el ámbito social. Sin duda, probar una gestión con respecto al patrimonio de la sociedad calificada como desleal puede generar discutidas opiniones así como llevar a equívocos; en cambio, generalmente resultará más sencillo demostrar la calificación de unos documentos como falsos.

## **II. DELITOS PATRIMONIALES Y DELITOS SOCIETARIOS COMO PARTE DEL ORDEN SOCIOECONÓMICO**

El Título XIII del Libro II del Código Penal contiene la rúbrica “De los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” protegiendo, no solo intereses patrimoniales en sentido estricto sino también de forma amplia a los que aluden al orden socioeconómico. El legislador poco precavido, no estableció un deslinde entre aquellas figuras que marcaban como fin una tutela de carácter patrimonial, de los que rompían con el orden socioeconómico. De esta forma, quedó en manos de la doctrina y jurisprudencia la delimitación de la naturaleza de los setenta artículos que forman el Título mencionado, y entre los que se encuentran los delitos societarios.

Algunos autores<sup>35</sup>, acudiendo a la sistemática del Código Penal han considerado el Capítulo X (“disposiciones comunes a los capítulos anteriores”) como enlace conector entre los delitos considerados patrimoniales y los destinados a proteger el orden socioeconómico. Partir de este Capítulo como criterio delimitador supondría simplemente atenernos a lo expuesto en el texto, “por los delitos patrimoniales que

<sup>34</sup> ROCA AGAPITO, L., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 742.

<sup>35</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pág. 375.

se causaren entre sí”, entendiendo que los artículos antecedentes<sup>36</sup> responden a los llamados patrimoniales, mientras que los posteriores<sup>37</sup> al Capítulo X serían los que atentan contra el orden socioeconómico.

A pesar de todo, no podemos considerar este criterio dotado de una fuerza que permita una clasificación de los delitos contenido en el Título XIII. Pues el incluir la tipificación de las distintas conductas dentro de una categoría u otra puede causar abundantes problemas de carácter dogmático. Problemas que el legislador no reparó o no quiso reparar, y que en la práctica están generando múltiples dificultades a la hora de la aplicación de los distintos tipos.

Por ejemplo, para poder aplicar la circunstancia agravante que ofrece el Código Penal del artículo 22.8 las infracciones que ha cometido el culpable deben estar en el mismo Título pero además ser de la misma naturaleza; con lo que, sí será relevante la determinación de la naturaleza de los delitos englobados dentro del Título XII para poder aplicar o no la circunstancia agravante señalada. Lo mismo puede ocurrir en relación con la aplicación del artículo 74.2 (delito continuado) donde la pena será superior en uno o dos grados cuando se trata de infracciones contra el patrimonio<sup>38</sup>.

Así, dejando a un lado la distinción de carácter sistemático llevada a cabo por el Capítulo X, quizá sería más lógico precisar la naturaleza de este tipo de ilícitos atendiendo al bien jurídico (en el sentido de saber qué se está protegiendo) y a partir de ahí llevar a cabo una línea divisoria de forma justificada que fuera entendida como una solución a esta confusión existente. A mi juicio, no debe buscarse dentro del Título XIII un esquema definitorio que delimite cuales son los delitos patrimoniales, y cuales los que tutelan el orden económico. Además, el propio Muñoz Conde, dejando a un lado la separación sistemática que lleva a cabo, señala que hay delitos en el Código Penal que protegen intereses socioeconómicos y patrimoniales, y que se regulan en otros Títulos separadamente del XIII, por la afectación de bienes jurídicos más específicos obliga a situarlos en relación a ellos. Se puede citar así, el delito de falsedad documental que en ocasiones es difícil de diferenciar de la estafa<sup>39</sup>, o simplemente atendido a su similitud con el delito de falsedad documental dentro del ámbito societario. Por lo tanto difícil, resulta difícil establecer dos grupos cerrados dentro de los que situar a los delitos contra el patrimonio, o contra el orden económico.

<sup>36</sup> “De los hurtos” (Capítulo I), “De los robos” (Capítulo II), “De la extorsión” (Capítulo III), “Del robo y hurto del uso de vehículos” (Capítulo IV), “De la usurpación” (Capítulo V), “De las defraudaciones” (Capítulo VI integrado por los delitos de estafa, apropiación indebida y defraudaciones de fluido eléctrico), “De las insolvencias punibles” (Capítulo VII), “De la alteración de precios en concursos y subastas públicas” (Capítulo VIII), “De los daños” (Capítulo IX).

<sup>37</sup> “De los delitos relativos a la propiedad intelectual, industrial, al mercado y a los consumidores” (Capítulo XII), “De la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural” (Capítulo XII), “De los delitos societarios” (Capítulo XIII), “De la reaceptación y el blanqueo de capitales” (Capítulo XIV).

<sup>38</sup> AAVV, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Tomo II (coordinado por SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ), Madrid, Civitas, 2009, págs. 331 y 332.

<sup>39</sup> Este ejemplo aparece en el manual del citado autor, en su versión de 2007: MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...*, op. cit., pág. 363.

En este sentido, creo que sería más conveniente atender a cada delito de forma concreta y a las circunstancias que lo envuelven, siendo los Jueces los que condicionen la naturaleza de los mismos a través de la jurisprudencia (que por otro lado no es estática y varía continuamente). No es aconsejable establecer dos categorías estrictamente delimitadas en las que los delitos patrimoniales sean los que afecten “exclusivamente a patrimonios personales y económicos los que lesionan exclusivamente intereses generales”<sup>40</sup>.

Del Rosal Blasco, se inclina por la naturaleza exclusivamente patrimonial de los delitos societarios (excepcionando el artículo 294 que si lo considera como un delito socioeconómico) porque según dispone, “están protegiendo los intereses patrimoniales, ya sean de la propia sociedad, ya lo sea de los socios, ya de los terceros directamente interesados”<sup>41</sup>. Del mismo modo, Conde-Pumpido Ferreiro, considera que “lo más censurable al sistema seguido en la reforma es haber incluido este precepto como un delito socioeconómico”<sup>42</sup>; realmente tal precepto debería estar incluido dentro de los delitos exclusivamente patrimoniales, al preservar el patrimonio de los sujetos pasivos, y no con carácter general intereses colectivos. Ante lo expuesto, considero que los delitos societarios actualmente regulados en el Código Penal poseen una naturaleza mixta o intermedia entre los delitos patrimoniales y los delitos socioeconómicos. Comparto que la infracción de los delitos societarios lesiona intereses patrimoniales de carácter individual, pero también que con este tipo de infracciones se daña al mercado en general; ya que, cuando los sujetos pasivos no logran sus objetivos por la ruptura del correcto funcionamiento del mercado, se está lesionando el orden socioeconómico entendido como el mercado libre en el ámbito de la economía del país. Además, el artículo 296.2 del Código penal que establece que “cuando la comisión del delitos afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas”, muestra el interés pretendido por el legislador de otorgarle a los delitos societarios, un carácter a caballo entre los delitos patrimoniales y los socioeconómicos.

### III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

#### 1. Delito de administración desleal en el ámbito societario versus delito de administración desleal del patrimonio ajeno

La incorporación al Código Penal de la figura de administración desleal en el ámbito societario ha sido criticada por un amplio sector doctrinal<sup>43</sup>. La tipificación

<sup>40</sup> GONZÁLEZ RUS. J. J., *Sistema de Derecho penal español. Parte especial* (coordinado por MORILLAS CUEVA), Madrid, Dykinson, 2011, págs. 409 y 410.

<sup>41</sup> DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...*, *op.cit.*, pág. 38.

<sup>42</sup> AAVV, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo II (dirigido por CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.), Madrid, Trivium, 1997, pág. 3047.

<sup>43</sup> Por todos, MARTÍNEZ PÉREZ, C., “El delito societario de administración fraudulenta (entre el delito

de esta conducta ha causado un gran descontento entre los que habiendo tomado como referencia el Derecho comparado esperaban la inclusión de un precepto que sancionara la administración desleal del patrimonio ajeno entendido de forma genérica. De este modo, se erradicaría la problemática que surge ante determinadas conductas que a pesar de ser próximas al tipo descrito en la administración desleal, terminan sancionándose a través de los delitos de estafa o apropiación indebida, simplemente por haber acaecido fuera del ámbito societario.

Esta doctrina, que alude a la necesidad de incluir la figura de la administración desleal del patrimonio ajeno, sigue la línea del Sistema de la *Untrue* o infidelidad; que se basa, como bien queda expresado en el Código Penal alemán<sup>44</sup>, en la “criminalización genérica de toda producción dolosa de una lesión patrimonial, cuando se trate de la administración de un patrimonio ajeno”<sup>45</sup>. Ésta es –a mi juicio-, una solución correcta.

Siguiendo el modelo germánico, Mata Martín considera que acotar el uso de la administración fraudulenta meramente a hechos que suceden en el entorno de una sociedad mercantil refleja el intento frustrado del novedoso precepto. No quedan cubiertas las expectativas esperadas, “solucionando únicamente de forma parcial el problema planteado”<sup>46</sup>.

Por su parte, Sequeros Sazatornil, afirma que no hay una razón determinante por la que la figura de la administración desleal dada en el ámbito societario tenga que ser diferente a la que se aplicaría con el fin de salvaguardar patrimonios individuales, ya que al fin al cabo, ambas están protegiendo el patrimonio, independientemente del “carácter singular o plural del sujeto pasivo, como persona individual o integrado en una sociedad”<sup>47</sup>. Personalmente, creo que la distinción entre las figuras señaladas se reduce exclusivamente a la relación que envuelve a los sujetos; concibiéndose de un lado, las relaciones que nacen encaminadas a conseguir un funcionamiento correcto de la sociedad mercantil; y de otro, aquellas con sentido jurídico que surgen entre varios sujetos particulares.

Por tanto, debe entenderse que la idea de limitar el delito de administración desleal es desacertada; la inclusión de este precepto en el Código Penal debe responder

patrimonial de la “infidelidad” y el delito societario del “abuso de facultades jurídico-sociales””, *Estudios penales y criminológicos*, nº17, 1993- 1994, pág. 340.

<sup>44</sup> El delito de administración desleal nace en Alemania, siendo concretamente el artículo 266 del Código Penal alemán el que recoge esta conducta. El precepto determina en su apartado primero: “El que abuse de las facultades que se le otorgan por medio de ley, mandato de autoridad o negocio jurídico para disponer sobre un patrimonio ajeno u obligase a otro, o el que por las facultades que le otorga la ley, mandato de autoridad, mediante negocio jurídico o relación de fidelidad lesione su deber de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos y con ello le produzca inconvenientes o desventajas será castigado con pena privativa de la libertad de hasta cinco años o multa” (traducción propia). Fuente: <http://dejure.org/gesetze/StGB/266.html>.

<sup>45</sup> FÉRRE OLIVÉ, J. C., “La administración...”, *op. cit.*, pág. 130.

<sup>46</sup> MATA MARTÍN, R. M., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 341.

<sup>47</sup> SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos...ob. cit.*, pág. 346.



a un interés general que tenga como objetivo solucionar todos aquellos problemas que puedan derivar de una gestión fraudulenta del patrimonio ajeno, y no meramente los que surjan en el ámbito societario<sup>48</sup>. El legislador necesita abordar con carácter urgente el tema planteado, en el sentido de incorporar a nuestra normativa un precepto que sancione la administración desleal de forma amplia. Además, debería tomar la decisión de eliminar el artículo que reduce su aplicación al ámbito societario; o bien, dotarlo de autonomía propia, de forma que persistiera en nuestra normativa conjuntamente con la figura genérica de administración fraudulenta, como delito contra el patrimonio.

En este sentido, la continua demanda llevada a cabo por la doctrina, y la problemática a la que se enfrenta el Poder Judicial al no poder disponer de la figura de la administración desleal del patrimonio ajeno, parece ver la luz. La aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal, que ha sido remitido al Senado con fecha de 29 de enero de 2015<sup>49</sup>, acorta las distancias existentes para hacer realidad la inclusión de este precepto en nuestro ordenamiento.

El Proyecto de Ley deroga el artículo 295 CP e introduce una Sección 1.ª bis al Capítulo VI del Título XIII del Libro II bajo la rúbrica “De la administración desleal”. De esta forma, el artículo 252 del Código Penal atendería a la siguiente redacción:

- “1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.
2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 500 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.”

Con este precepto, se intenta proteger el patrimonio en general, es decir, el patrimonio de todo aquel (sea una persona individual o una sociedad), que confiere a otro la administración de su patrimonio, o de aquel cuyo patrimonio ha sido puesto bajo la administración de otro (por decisión legal o de la autoridad), sancionándose las extralimitaciones en el ejercicio de las facultades de disposición sobre ese patrimonio ajeno, salvaguardando así que el administrador desempeñe su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. Además, el Proyecto de Ley, incluye las directrices que delimitarán de forma correcta el delito de

<sup>48</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., “La administración desleal en el nuevo Código Penal”, *La administración desleal* (dirigido por BACIGALUPO ZAPATER, E.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pág. 202 y 203.

<sup>49</sup> Texto completo en:

[http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG\\_D\\_10\\_465\\_3148.PDF](http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_10_465_3148.PDF)

apropiación indebida y el de administración desleal del patrimonio. Así, se diferenciará con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia. En este último grupo de supuestos se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico<sup>50</sup>.

Por otro lado, la reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como administración desleal de fondos públicos. Así, se incluyen dentro del ámbito de la norma -junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos- otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público<sup>51</sup>.

De esta forma, se dará un vuelco a la figura tradicional de la administración desleal, ampliándose de tal forma que no tendrá semejanza alguna con el precepto actualmente incluido en la actual normativa penal. En este sentido, llama la atención el hecho de que sea derogado un artículo (artículo 295 CP) que puede ser calificado como novedoso; ya que fueron quince años los legislador a través Proyectos y Anteproyectos trató de dibujar el correcto delito de administración fraudulenta.

La propuesta resulta bastante acertada; su tramitación parlamentaria y aprobación final colmaría la necesidad de incorporar al Código Penal la tipificación de la figura genérica de la administración desleal del patrimonio ajeno. Ahora, solo queda esperar a que este Anteproyecto no caiga en saco roto, sino que sea perfilado y dotado de la importancia que requiere para alcanzar los importantes fines que persigue.

Finalmente, observamos que en el Anteproyecto se deroga el artículo 295 del Código Penal. El legislador se decanta por la omisión del tipo específico aplicado dentro del ámbito societario. En sentido contrario, Martínez-Buján Pérez, opta por la autonomía del delito societario. Justifica su postura, a través de la necesidad político-criminal y dogmática del mismo. El citado autor considera de un lado, que las infracciones societarias ocupan un papel cada vez más relevante dentro de los delitos económicos; y de otro, que este delito sería entendido como un delito de peligro, mientras que el delito de administración desleal del patrimonio quedaría configurado como un delito de lesión<sup>52</sup>. Realmente, no creo que sea necesario conservar ambas figuras, pues de esta forma lo único que se consigue es “abarro-

<sup>50</sup> Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre del Código Penal, en la versión aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados y remitido al Senado el día 29 de enero de 2015. Exposición de motivos (XV), pág. 12 y 13.

<sup>51</sup> Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre del Código Penal, en la versión aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados y remitido al Senado el día 29 de enero de 2015. Exposición de motivos (XV), pág.13 y 14.

<sup>52</sup> MARTÍNEZ PÉREZ, C., “El delito...”, *op. cit.*, pág. 345.

tar” el Código Penal de preceptos totalmente prescindibles. Además, el hecho de que convivan ambos delitos daría lugar a equívocos, pues si ya de por sí la tipificación de la figura de la específica administración desleal en el ámbito societario origina controversias, más aún cuando pueda ser englobada en un tipo penal más amplio.

## **2. Delimitación del bien jurídico protegido en el artículo 295 del Código Penal**

La determinación del bien jurídico protegido del artículo 295 CP es cuestionada. La tipificación de la conducta de la administración desleal ha desencadenado un debate que hasta el momento carece de acuerdo. No se ha conseguido por parte de la doctrina, ni siquiera de la jurisprudencia, alcanzar un punto común sobre el que se definir de forma concreta cuál es el bien jurídico protegido por el delito de la administración desleal.

Ha sido diversa la sistemática utilizada por la doctrina para agrupar las diferentes líneas surgidas en torno al bien jurídico protegido en el artículo 295 CP: en virtud del concepto de patrimonio, tomando como referencia la figura del sujeto pasivo, delimitando la consideración positiva o negativa del bien jurídico protegido, etc. Finalmente, me he decantado por llevar a cabo una división que responde al bien jurídico protegido entendido de dos formas diferentes, de un lado como patrimonio, y de otro como orden socioeconómico<sup>53</sup>. Por último, es conveniente añadir en una pincelada la relevancia del vínculo de fidelidad, pero sin ser incluido éste en la estructura anterior; su importancia aconseja tratar esta cuestión aquí, pero no se considera que disponga de características semejantes a los otros bienes, que realmente pueden considerarse como protegidos.

### **A) *El patrimonio como bien jurídico protegido***

En primer lugar, cabe mencionar el sector doctrinal que ha considerado que el bien jurídico protegido es el patrimonio. Encontramos a su vez una división dentro de esta posición, entre los que señalan que:

– El bien jurídico protegido es el patrimonio, pero sin llevar a cabo más especificaciones. Entre otros, López Barja De Quiroga acoge esta teoría; se muestra reacio a acudir a los elementos objetivos derivados del artículo 295 CP para delimitar la tutela ofrecida a través de esta figura, y reduce la protección de la administración desleal al patrimonio. Para ello, aporta una visión personal sobre el patrimonio entendido de forma jurídica, económica, mixta (jurídica-económica) y personal<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Decidimos hacer esta estructuración por ser entendida como la más simple, atendiendo a la naturaleza del delito.

<sup>54</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., La malversación como delito de administración desleal”, *La administración desleal* (dirigido por BACIGALUPO ZAPATER, E.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pág. 125.

Sin duda, esta forma de entender el bien jurídico protegido es excesivamente amplia. No ya solo en el caso que nos concierne sino de manera general. La delimitación del bien jurídico debe ser lo más precisa posible evitando dar lugar a equívocos. Resulta más acertado partir de la redacción concreta del precepto e intentar buscar dentro del mismo la esencia real del bien jurídico protegido. Éste viene en muchas ocasiones dado a través de la figura del sujeto pasivo, de la acción típica, u otro elemento diferenciador; por lo tanto, no parece aconsejable acudir a valoraciones tan subjetivas y vagas que lo único que logran es causar mayor confusión.

– El bien jurídico protegido es el patrimonio de los sujetos enumerados en el precepto, es decir, “los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren”, siendo por tanto el interés tutelado el patrimonio individual; y entendiéndose que el patrimonio social se conceptualizaría como objeto social.

De este modo, Martínez-Buján Pérez, aun habiendo señalado en un primer momento que el bien jurídico protegido residía en el patrimonio de la sociedad o de cualquiera de los sujetos que se enumeran en el precepto en calidad de titulares del objeto jurídico tutelado<sup>55</sup>; posteriormente, redujo el ámbito de tutela de la figura de la administración desleal entendiendo como único bien jurídico, el patrimonio de los sujetos mencionados de forma explícita en el precepto. Para ello, se apoyó en las diferencias existentes entre el delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal, identificando únicamente este último con “el bien jurídico preservado en el delito de estafa”<sup>56</sup>.

En la misma línea, Nieto Martín considera que el patrimonio social quedaba excluido de la conceptualización del bien jurídico protegido del artículo 295 CP. Según señala, la protección del patrimonio social equivaldría a la protección de intereses inherentes al buen desenvolvimiento de la gestión societaria, que ya quedaban protegidos a través de la tipificación de otras conductas delictivas<sup>57</sup>.

Además, no solo la doctrina se ha posicionado a favor de considerar que únicamente debe entenderse protegido por la administración desleal el patrimonio de “los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren”, sino también la jurisprudencia. De este modo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 28 de enero de 2003 (ARP 421), y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, 4 de mayo de 2000 (ARP 1667) en idénticos términos determinan que “el delito de administración desleal, objeto de impu-

<sup>55</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Delitos societarios”, *Estudios sobre el Código penal de 1995. Parte especial* (dirigido por VIVES ANTON, T., y MANZANARES SAMANIEGO, J. L.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pág. 502.

<sup>56</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 440

<sup>57</sup> NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona, Praxis, 1996, págs. 254 y ss.

tación por las acusaciones, plantea una primera cuestión desde el punto de vista del bien jurídico protegido. La doctrina mayoritaria entiende que se contrae al patrimonio de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administra, dejando completamente inerte frente a estos ataques al patrimonio social. A diferencia de lo previsto en el artículo 302 del Proyecto de Código Penal de 1992 donde se preveía «el perjuicio de la Sociedad», en el actual artículo 295 CP éste perjuicio no se exige, y por ello el patrimonio social, por extraño que parezca, carece de protección penal”.

– El bien jurídico protegido es el patrimonio de la sociedad, junto con el de “los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren”. En este sentido algunos autores consideran que a través del delito de administración desleal no solo se pretende proteger de forma directa al patrimonio de los sujetos enumerados en el precepto sino también de forma indirecta al patrimonio de la sociedad<sup>58</sup>.

A primera vista, quizá sería más apropiado alejarnos de tales opiniones y ceñirnos a lo expuesto de forma explícita por el artículo 295 CP. Incluso es probable que el legislador, con el fin de evitar diferentes interpretaciones, incluyera una lista cerrada utilizando la técnica de *numerus clausus*; de forma que quedara protegido únicamente el patrimonio de los sujetos en ella incluidos. Pero tal afirmación, deja abierta una problemática que no es fácilmente resuelta, ¿qué sentido tiene la incorporación al Código Penal de un delito que prevea la administración desleal en el ámbito societario y no considere protegido el patrimonio social?, pues para incluir únicamente el patrimonio de los sujetos mencionados en el artículo 295 CP hubiera bastado con la redacción del delito de administración desleal del patrimonio ajeno.

Hay otros autores, que haciéndose cargo de esta duda, señalan que el patrimonio protegido a través de la figura de la administración desleal no es únicamente el patrimonio de los sujetos enumerados en el precepto sino también el patrimonio social<sup>59</sup>. En ese sentido, Muñoz Conde considera que bien jurídico protegido es, de un lado los derechos de “los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital”; y de otro, los de la sociedad. Para no dar lugar a confusiones, subraya que entiende por bienes de la sociedad “las propiedades sociales y el patrimonio de afectación”<sup>60</sup>.

Por su parte, Ríos Corbacho también recoge la protección del patrimonio individual de los sujetos numerados, y del patrimonio social; considerándolos como

<sup>58</sup> Por el contrario, más que diferenciar entre la forma directa e indirecta de proteger el patrimonio, son varios autores los que simplemente se limitan a considerar ambas tutelas de forma directa, y a establecer como protección indirecta al orden socioeconómico. En este sentido, AAVV, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial* (coordinado por GÓMEZ RIVERO, M. C.), Madrid, Tecnos, 2010, pág. 523.

<sup>59</sup> FARALDO CABANA, P., *Comentarios al Código penal* (dirigido por GÓMEZ TOMILLO M.), Valladolid, Lex Nova, 2010, pág. 1135.

<sup>60</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...*, *op.cit.*, pág. 546.



patrimonios diferentes: “el interés social no tendrá que coincidir con el de alguno de los socios”<sup>61</sup>.

La jurisprudencia se ha mostrado en diversas ocasiones conforme con lo expuesto en esta línea doctrinal, así por ejemplo las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2010 (RJ 7340); y de 26 de febrero de 2008 (RJ 2164), exponen que “es útil distinguir entre el sujeto pasivo de la acción (aquel sobre el que recae la conducta delictiva) y el sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico protegido, y al mismo tiempo en este caso, perjudicado). El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio, pues las acciones típicas consistentes en que «dispongan fraudulentamente de los bienes» o en que «contraigan obligaciones han de recaer sobre la sociedad», resultado paradójico que la sociedad no aparezca en cambio como expreso sujeto pasivo del delito”. De este modo, toma sentido la argumentación a la que se aferran algunos autores al explicar el bien jurídico protegido a partir de los sujetos del artículo 295 CP. Estableciéndose así que, si únicamente eran considerados sujetos pasivos los enumerados por el precepto, habrá que atender a la protección del patrimonio entendido de forma individual, pero por el contrario, si entendemos que la sociedad es considerada como sujeto pasivo aunque no esté incluida en esta lista cerrada, concebiremos que el patrimonio social también queda tutelado a través del tipo expreso en el artículo 295 CP. En la misma línea, pero de forma más concreta, la Sentencia del Audiencia Provincial de Burgos, de 24 de febrero de 2005 (JUR 12002), establece que “el objeto material del delito lo constituyen los bienes sociales, es decir, cada uno de los elementos con contenido económico que forman el patrimonio de la sociedad, considerándose que el bien jurídico protegido por el delito es la integridad del patrimonio social junto con la defensa de los patrimonios de los sujetos recogidos en el precepto”.

Sin duda, la idea de concebir como tutelado tanto al patrimonio social, como al patrimonio individual de los sujetos enumerados de forma concreta, es la más acertada. El legislador, al elaborar el precepto que hace mención a la administración desleal no incluyó dentro de la lista de sujetos pasivos a la sociedad por considerarla (como muchos creen) incluida de forma indirecta. Sería paradójico no incluir como parte del bien jurídico protegido el patrimonio social, en un delito donde uno de los objetivos previstos a alcanzar es el aumento de las relaciones económicas a través de este tipo de entidades, a cambio de que las relaciones que surgen tanto exterior como en el interior de estas, estén amparadas por la mayor seguridad jurídica posible.

De este modo, entiendo que la protección al patrimonio de la sociedad queda incluido cuando el precepto alude a “disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad”, así como cuando expresa “contraer obligaciones a cargo de ésta”. Real-

<sup>61</sup> RÍOS CORBACHO, J. M., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 142.

mente, dejar sin protección a la sociedad simplemente por no estar incluida de forma encadenada con los que son considerados sujetos pasivos, carece de una justificación que tome fuerza, ni en su caso sentido.

– El bien jurídico protegido es el patrimonio de terceros ajenos a la sociedad. Es cuestionable que lo que se proteja sean intereses patrimoniales de terceros ajenos a la sociedad, como acreedores o empleados. Pero de nuevo, son diversas las posiciones doctrinales encontradas.

Por un lado, Del Rosal Blasco considera de forma concreta que el artículo 295 CP “protege el patrimonio de terceros distintos de la sociedad y los socios. Por la necesidad de abarcar el supuesto de administración fraudulenta de los depósitos bancarios”<sup>62</sup>.

En esta línea, Nieto Martín considera que el artículo 295 CP establece una división brusca entre el bien jurídico protegido y el objeto de la acción, que hace evidente que el tipo esté destinado al fracaso. Según este autor, el artículo mencionado tutela el interés patrimonial social; pero en determinados casos, la confusión de patrimonios entre el tercero en cuestión y la sociedad puede extender la protección del tipo penal a aquél. A modo de ejemplo cita: las cantidades abonadas a compañías aseguradoras en virtud de los contratos de seguro, o en su caso, las entregadas a las sociedades constructoras como parte del precio final de las viviendas. No obstante, en otros casos no podrá darse tal confusión, como en aquellas sociedades cuyo objeto social consiste en la administración de fondos ajenos; se dará aquí, una separación entre el patrimonio social y el de los terceros cuyos fondos se administren, y por lo tanto no podrá aplicarse el artículo 295 CP<sup>63</sup>.

Por último, Luzón Peña y Roso Cañadillas, excluyen la protección al patrimonio de terceros al considerar que su afectación no va unida a la del patrimonio social, así como que no repercute en la defraudación del patrimonio de los socios o equiparados<sup>64</sup>. Desde esta postura, se puede decir que el precepto en ningún momento alude al patrimonio de terceros ajenos, reflejándose por tanto la exclusión pretendida por el legislador. Es cierto que se debería estudiar cada caso de forma concreta así como las circunstancias que lo envuelven, pero no creo que sea acertado ampliar tal protección. Mi negativa se justifica a través del artículo 3 del Código Civil<sup>65</sup>, que atiende -entre otros criterios- a la literalidad del precepto para su adecuada interpretación.

<sup>62</sup> DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 140.

<sup>63</sup> NIETO MARTÍN, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 256 y ss.

<sup>64</sup> LUZÓN PEÑA, D. M., y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración desleal societaria en el Derecho penal español”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, abril de 2010, pág. 8.

<sup>65</sup> Artículo 3 CC: “Las normas se interpretaran según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

### **B) *El orden socioeconómico como bien jurídico protegido***

Dejando a un lado la dimensión patrimonial del artículo 295 CP, aludimos al sector doctrinal que señala que el precepto citado, no solo ofrece una tutela patrimonial, sino que también protege de forma indirecta otro tipo de intereses, ahora supraindividuales o colectivos. Así, queda reflejada la naturaleza socioeconómica de la figura de la administración desleal.

De forma concreta, González Rus determina que además del patrimonio de los titulares de los bienes administrados también puede considerarse bien jurídico protegido el “buen funcionamiento de la sociedad”<sup>66</sup>. Esta protección, “condicionará el funcionamiento del sistema económico, y de forma más concreta la fiabilidad del correcto funcionamiento del sistema societario para la comunidad”<sup>67</sup>.

En este mismo sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2007 (RJ 3850); y de 7 de junio de 2006 (RJ 7000), distinguen dentro de la figura de la administración desleal dos bienes jurídicos, aludiendo de forma concreta al “individual, formado por el concreto patrimonio social, y el colectivo, dirigido a la permanencia de toda sociedad mercantil en el tráfico jurídico-económico”.

### **C) *Especial referencia al vínculo de fidelidad***

Cabe cuestionarse si el deber de fidelidad existente entre el titular de los bienes y el que los administra, debe ser objeto de tutela. El administrador debe cumplir con sus deberes de forma que la sociedad no encuentre impedimento alguno en alcanzar sus fines dentro del marco empresarial<sup>68</sup>.

El vínculo de fidelidad queda reflejado en virtud de la Ley de Sociedades de Capital, que fija un amplio catálogo de deberes de los administradores, entre los que destacan: en primer lugar, el deber de diligente administración, “1. los administradores desempeñaran su cargo con la diligencia de un ordenado empresario. 2. Cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente de la marcha de la sociedad” (artículo 225 LSC); y en segundo lugar, el deber de lealtad, “Los administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad, y cumplirán los deberes impuestos por las Leyes y los estatutos” (artículo 226 LSC). A mi juicio, basta con lo expuesto en la Ley de Sociedades de Capital para dotar al vínculo de fidelidad de la importancia que requiere. No debe ser considerado como bien jurídico protegido,

<sup>66</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural. Delitos societarios. Receptación y blanqueo de dinero”, *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, Tomo IX (Dirigido por COBO DEL ROSAL, M.), Madrid, Marcial Pons, 2000, pág. 530.

<sup>67</sup> LUZÓN PEÑA, D. M., y ROSO CAÑADILLAS, R., “Concurso entre apropiación indebida y administración desleal”, *Diccionario Derecho penal económico* (dirigido por BOIX REIG, J.), Madrid, Iustel, 2008, págs. 33 y ss.

<sup>68</sup> BERNET SORO, A., “El delito de administración fraudulenta en el seno de la sociedad mercantil”, *Revista internauta de práctica jurídica*, nº 18, agosto-diciembre de 2006, pág. 3.

ya que con éste, simplemente se pretende establecer una relación jurídica que sirva como base para sancionar la conducta que derive del uso abusivo de la relación. La protección del bien jurídico debe responder a unos patrones abstractos que desemboquen en una justificación adecuada de esta tutela. El deber de fidelidad carece de caracteres relevantes, que o bien derivados del patrimonio, o bien del orden socio-económico, merezcan ser considerados como parte del bien jurídico protegido.

En este sentido, Faraldo Cabana se suma a la posición doctrinal -unánime-, que apunta a la exclusión del vínculo de fidelidad como bien jurídico protegido. Según expone, “se trata de un valor dotado de un elevado grado de abstracción conceptual y en cuya lesión es difícilmente observable la intensa afectación individual que es requisito ineludible del concepto de bien jurídico penalmente protegido”<sup>69</sup>. De esta manera, la infracción del deber de fidelidad puede ser considerado como un medio a través del cual se consigue atacar al patrimonio. Se entiende así, que la administración leal no preocupe al legislador, sino solo cuando su quiebra cause un perjuicio en determinados bienes<sup>70</sup>.

### 3. Distinción de figuras afines: la apropiación indebida

La incorporación del delito de administración desleal al Código Penal suponía la creación de un escenario perfecto: el delito de apropiación indebida<sup>71</sup> recuperaría su alcance natural y dejaría a un lado la interpretación extensiva a la que se había visto sometido. De este modo, el delito del artículo 252CP no tendría que ocuparse de enjuiciar ciertos comportamientos que podían quedar enmarcados dentro de la actual figura de la administración desleal<sup>72</sup>.

No obstante, la realidad a la que ambos delitos se han visto sometidos ha sido bastante distinta. Las similitudes que presentan de un lado, la figura de la apropiación indebida, y de otro, la administración desleal, han dado lugar a una problemática que carece de soluciones claras. No existe un criterio unánime que permita deslindar de forma exacta estas figuras. Este hecho, habitualmente obliga a los Tribunales a tener que decantarse por la aplicación de uno de los dos delitos a través de argumentaciones totalmente diversas<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> FARALDO CABANA, P., *Los delitos...*, op. cit., págs. 560 y 561.

<sup>70</sup> RODRIGUEZ-MOURULLO OTERO, G., “El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal”, *La administración desleal* (dirigido por BACIGALUPO ZAPATER, E.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pág. 30.

<sup>71</sup> Artículo 252 CP 1995: “Serán castigados con las penas de los artículos 249 o 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable”

<sup>72</sup> PREGO DE OLIVER Y TOLIVAR, A., “Apropiación indebida y administración desleal: una propuesta de diferenciación”, *Diario La Ley*, nº 7119, 20 de febrero de 2009, pág. 2.

<sup>73</sup> SAP de Zaragoza, de 28 de abril de 2009 (ARP 1083).

Antes de analizar el intento que lleva a cabo la jurisprudencia por resolver la problemática mencionada, conviene hacer alusión a los requisitos definitorios del tipo penal de la apropiación indebida. De este modo, llevaremos a cabo una mayor aproximación a esta peculiar figura. Se pueden destacar los siguientes<sup>74</sup>:

- Que el sujeto activo al recibir de otro un objeto típico se halle en posesión legítima de la cosa. Se entenderá como objeto: dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial.
- Que el objeto típico haya sido entregado al autor en virtud de un título que revista los caracteres necesarios para constituir el presupuesto de la relación que obliga a entregar o devolver.
- Que el ánimo de lucro del sujeto activo cause un perjuicio patrimonial.
- Que en virtud de los títulos mencionados, se dé una de las conductas que el tipo define como apropiación o distracción de la cosa recibida.

Es conveniente el análisis del último requisito a partir del cual, se entiende la acomodación de la conducta de administración desleal dentro del delito de apropiación indebida. Para ello, es necesario situarnos en el momento anterior de la aprobación del Código Penal de 1995, cuando no existía el delito administración desleal y la jurisprudencia entendió aplicable la apropiación indebida en su modalidad de “distracción”.

De este modo, tomamos como punto de partida la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1994 (RJ 1858) que de forma pionera, determinó que “en efecto, la, en realidad mal llamada apropiación indebida del dinero, constituye un tipo especial de caracteres autónomos, que consiste en verdad en un perjuicio patrimonial ocasionado por una gestión desleal del dinero”. Esta idea de concebir el delito de apropiación indebida de forma yuxtapuesta, quedó reforzada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1994 (RJ 2150), que no solo elaboró una interpretación inédita apoyándose en lo expuesto por la resolución anteriormente citada, sino que además, concretó su contenido. Así, especificó que “el artículo 535 del Código Penal no solo contiene el tipo clásico de apropiación indebida de las cosas, sino también en cuanto se refiere al dinero, un tipo de gestión desleal, de alcances limitados, que se comete cuando el administrador o el comisionista perjudican patrimonialmente a su principal en la medida en la que, habiendo recibido sumas de dinero para ser entregados a dicho principal, no lo hacen distrayendo el dinero de cualquier manera”<sup>75</sup>.

De esta manera surgía una nueva interpretación del delito de apropiación indebida del artículo 252 CP. La doble dimensión de esta figura quedaba manifestada con

<sup>74</sup> AAVV., *Código...*, *op. cit.*, págs. 2975 y ss. En el mismo sentido, las SSTs de 23 de diciembre de 2009 (RJ 2010/320); y 19 de septiembre de 2012 (RJ 1134).

<sup>75</sup> AAVV, *Memento practico. Penal 2011*(coordinado por MOLINA FERNANDEZ, F.), Madrid, Francis Lefebvre, 2010, pág. 1116.



la distinción de los verbos nucleares del tipo penal: “apropiar” y “distracer”<sup>76</sup>. Pues la delimitación de ambos daba lugar a que surgieran dos modalidades de apropiación indebida, entendiéndose la que derivaba de la apropiación como la clásica figura, y la de distracción, en lo aquí interesa, como la gestión desleal.

Cuando la Ley alude a la apropiación, se entiende aquel supuesto en el que el poseedor, que tiene la obligación de entregar o devolver la cosa mueble, se apropia de la misma y la incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro. Apreciándose en todo momento el *animus rem sibi habendi*. De este modo, el sujeto activo (que fue el que recibió el objeto sin adquirir el dominio) transforma de forma ilícita la posesión en propiedad<sup>77</sup>.

Así, aunque tanto la conducta de apropiación como la de distracción vayan referidas de forma indistinta a objetos materiales, se puede decir que de forma general la apropiación recae sobre cosas no fungibles, mientras que la distracción lo hace sobre cosas fungibles, como es el dinero<sup>78</sup>. Aunque, a pesar de afirmar que la distracción alude de forma exclusiva al dinero, se deberán exceptuar los casos de entrega de cantidad como cuerpo cierto pues “supone que la adquisición de la propiedad por parte de quien lo recibe, lo que determina la imposibilidad de que ilegítimamente se pueda producir una apropiación que ya haya tenido lugar anteriormente de forma legítima como consecuencia legal de la entrega”<sup>79</sup>.

Por otro lado, la jurisprudencia alude a la modalidad de distracción estableciendo los caracteres básicos de ésta para diferenciarla de la figura clásica de apropiación. De este modo, define la distracción como la consecuencia del quebrantamiento de la especial relación que surge entre los sujetos en virtud de alguno de los títulos mencionado en el artículo 252 CP. De forma más específica, se produce una infracción de los deberes de fidelidad inherentes a la función del sujeto activo<sup>80</sup>.

El delito de apropiación indebida entendido como gestión desleal queda referido a aquellas conductas en las que el sujeto que ha adquirido el dinero lo “confunde” con los demás objetos de su propiedad y le da un destino diferente al pactado, generándose el enriquecimiento injusto del que ha cometido la distracción. No será necesario probar que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del sujeto activo sino simplemente que ha causado un perjuicio en el patrimonio de su principal, con lo que se requerirá la apreciación del dolo (entendido de forma genérica). Éste se traduce en el convencimiento y consentimiento que envuelve la actitud del

<sup>76</sup> Así, las SSTS de 30 de septiembre de 2008 (RJ 6086); 18 de julio de 2013 (JUR 258414); 2 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6248), 20 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 5974) y AP de Alicante de 8 de abril de 2014 (ARP 2014, 1309).

<sup>77</sup> De este modo, las SSTS de 11 de abril de 2007 (RJ 3850); 8 de enero de 2008 (RJ 2003); 31 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 5966); y 23 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 320).

<sup>78</sup> Igualmente, las SSTS de 19 de junio de 2007 (RJ 4989); 12 de julio de 2012 (RJ 9062); y 12 de abril de 2013 (RJ 3722).

<sup>79</sup> También la SSTS 11 de julio de 2005 (RJ 5418).

<sup>80</sup> Así, las SSTS de 7 noviembre de 2005 (RJ 7528); y 16 de septiembre de 2003 (RJ 6074).

distractor, que comete la acción típica a sabiendas de que va a causar un perjuicio<sup>81</sup>. En este contexto, puede aparecer el *animus rem sibi habiendi*, pero éste no será imprescindible, ya que “apenas puede tener significación jurídica cuando la extrema fungibilidad de lo que legítimamente se posee comporta su inevitable incorporación al patrimonio del poseedor”<sup>82</sup>.

De todo lo expuesto se justifica que antes de la incorporación al Código Penal de 1995 del delito específico de la administración desleal se enjuiciaban conductas que aun teniendo las características propias de este delito, al no estar éste vigente, quedaban tipificadas a través del delito de apropiación indebida. Este precepto, dejaba a un lado su modalidad apropiación y se centraba en la de distracción para así, punir los comportamientos de gestión desleal.

Una vez que se incorpora al Código Penal la figura de la administración desleal, observamos que acertadamente se dan una serie de elementos comunes con la modalidad de distracción del delito de apropiación indebida. Pueden señalarse cuatro<sup>83</sup>:

- Relación especial dada entre el administrador y los bienes del administrado.
- No será necesaria la intención del sujeto activo de hacerse propietario de la cosa.
- Inexigencia de probar que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del sujeto activo; simplemente bastará con acreditar que se ha ocasionado un perjuicio en el patrimonio del administrado.
- Compatibilidad entre el ánimo de lucro de la apropiación indebida y el beneficio propio o de un tercero que caracteriza el delito de administración desleal.

De esta forma resulta difícil establecer una pauta que delimite la figura de la apropiación indebida y la administración desleal en sí. La similitud de ambos delitos no requiere simplemente de criterios meramente nominales para su diferenciación<sup>84</sup>. Es necesario acudir a la jurisprudencia para que interprete estas figuras e intente establecer un denominador común en el que apoyarse a la hora de aplicar una u otra.

No obstante, se ha podido apreciar que no existe (como se señalaba al principio de este epígrafe) un criterio unánime que establezca las diferencias del delito de administración desleal y de apropiación indebida. Únicamente, tras diversas interpretaciones han surgido diversas líneas jurisprudenciales sobre la convivencia y aplicación de ambas figuras. Esto se plasma a través de la siguiente distinción:

<sup>81</sup> En el mismo sentido, SSTs 17 de diciembre de 2008 (RJ 8016); 18 de noviembre de 2010 (RJ 704); 24 de octubre de 2012 (RJ 9868); 30 de mayo de 2012 (RJ 9046); y 6 de marzo de 2013 (RJ 3958).

<sup>82</sup> Además, la STS de 28 de junio de 2005 (RJ 9307).

<sup>83</sup> AAVV, *Memento...*, op. cit., pág. 1119.

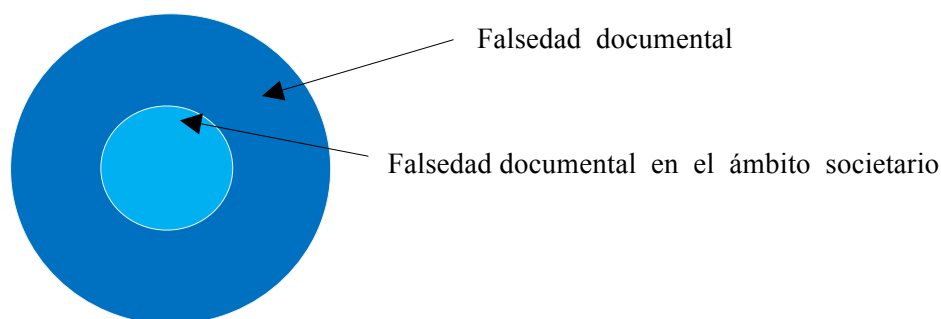
<sup>84</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles”, *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (sección doctrina), nº1, 1997, pág 2055.

**A) *El delito de la administración desleal como complemento al delito de apropiación indebida.***

**a) *Teoría de los círculos concéntricos***

En este caso el delito principal y el especial se representan como círculos concéntricos; donde el menor (delito especial) está comprendido íntegramente en el círculo mayor tamaño (delito general). De esta forma, todos los elementos integradores del tipo especial cumplen la suposición típica del tipo general, es decir, se encuentran comprendidos en él, aun cuando concorra además algún elemento típico adicional<sup>85</sup>.

Esta teoría no atiende a la diferenciación del delito de apropiación indebida y administración desleal, ya que éste último no puede ser considerado como un tipo especial de apropiación. Por el contrario, sí podría aplicarse esta representación en el caso de las falsedades documentales, ya que de forma genérica el delito de falsedad documental abarcaría al delito de específico de falsedad documental en el ámbito societario. Realmente tienen las mismas características, solo que el segundo añade un “plus” que no tiene el primero: su comisión en el ámbito societario. De manera gráfica:



Elaboración propia

En el caso de que se incorporara al Código Penal el delito de administración desleal del patrimonio ajeno, y siguiera vigente el de administración desleal en el ámbito societario, sí podríamos acudir a esta teoría. El primero sería entendido como un delito genérico que englobaría al segundo. Este último, contendría una serie de caracteres más precisos referentes al ámbito societario, que serían el elemento diferenciador con la figura general.

**b) *Teoría de los círculos secantes***

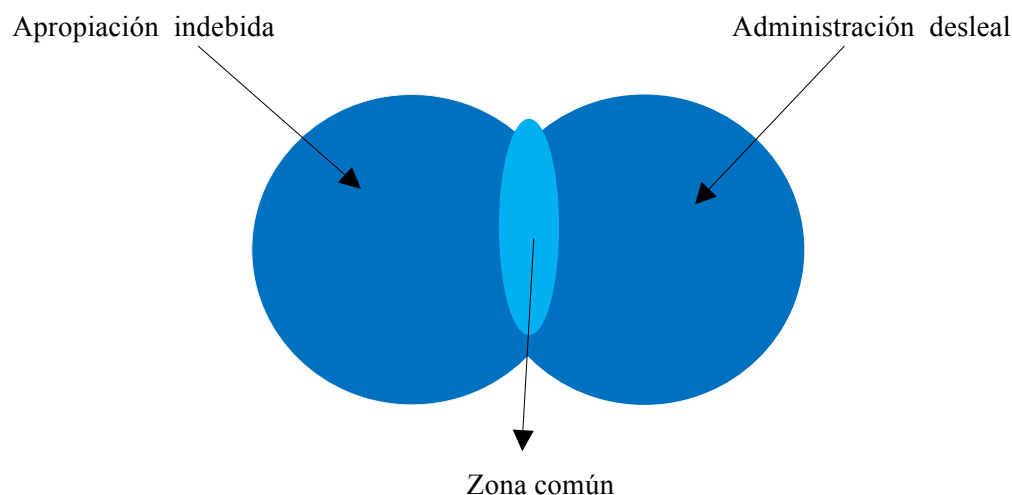
Se toma como referente de esta teoría la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero 1998 (RJ 1196)<sup>86</sup>, conocida como el caso “Argentia Trust” en la que se

<sup>85</sup> La STS 6 de julio de 2007 (RJ 3895), junto con la STS de 12 de junio de 2012 (RJ 6944), se refieren a la falsedad en documento privado y la estafa, donde se entiende que la falsedad sería el círculo menor, que sería abarcado por la estafa, representada con el círculo mayor.

<sup>86</sup> Asimismo, esta interpretación fue seguida por las SSTs 29 de septiembre de 2002 (RJ 6357); 7 de noviembre de 2002 (RJ 10072); y 25 de enero de 2006 (RJ 3331)

enjuició penalmente la transferencia de 600 millones de pesetas propiedad del Banco Español de Crédito a la sociedad Argentinia Trust, domiciliada en las Islas Caimán. El imputado intentó justificar dicha transferencia argumentando que con ella se pretendía pagar unos encargos realizados a la empresa. Pero estas declaraciones resultaron ser inverosímiles, y además vinieron acompañadas de hechos como la falta de inclusión en la contabilidad del banco de esta transferencia, así como la imposibilidad de demostrar quién estaba detrás de esa sociedad, que derivaron en la condena del imputado<sup>87</sup>.

Esta Sentencia, como habían hecho otras para explicar la analogía de diversos delitos, recurrió a la geometría para mostrar la relación entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal del patrimonio. No debe olvidarse que éste entró en vigor en el año 1995, y que los hechos enjuiciados, ocurrieron antes de esta fecha. No obstante, la Sentencia expone: “El artículo 295 del CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252 y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan”. Visualmente, podríamos entender lo expuesto por la Sentencia de esta forma:



Fuente: Camacho Rosales<sup>88</sup>. Elaboración propia

<sup>87</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, G., *Estudios de Derecho penal económico*, Madrid, Dykinson, 2003, pág. 100.

<sup>88</sup> CAMACHO ROSALES, F. J., “Apropiación indebida vs administración desleal”, *Experto universitario en Derecho penal: aspectos materiales y procesales*, Universidad Internacional de Andalucía, 2013, pág. 18.

De este modo, la administración desleal contempla una serie de conductas que no se pueden subsumir dentro de la acción típica de la apropiación indebida. En el primer círculo quedarán incluidas conductas de apropiación que no se lleven a cabo en el ámbito de la administración societaria; mientras el segundo como expone la Resolución, contendrá comportamientos, como “la asunción abusiva de obligaciones, ajenos al ámbito típico de la apropiación indebida”. De este modo, la zona común quedara referida al “comportamiento delictivo que cubre ambas hipótesis típicas”.

A mi juicio, esta teoría es la que más se asemeja con la realidad. Es cierto que la incorporación al Código Penal del delito de administración desleal se marcó como uno de sus objetivos, devolver a la apropiación indebida su naturaleza esencial, de modo que este ilícito no abarcara comportamientos que cumplen con los elementos del tipo del artículo 295 CP; y que podrían quedar enjuiciados en coherencia con la redacción de éste. No obstante, ambos delitos tienen características comunes a las que, en vista de la redacción actual, no pueden renunciar. Admitir de forma general, cierta semejanza entre ambos preceptos supone delimitar la aplicación de uno u otro atendiendo a las circunstancias concretas dadas en cada caso.

Sin embargo, quizá hubiera sido necesario que la misma Sentencia, con el objeto de ser algo más clara y precisa, hubiera establecido una pauta para determinar cuándo debe considerar que la tipificación de ambos delitos se solapa. El hecho de incluir una serie de matizaciones, haría que se generara una mayor seguridad jurídica que toda interpretación en Derecho debe perseguir.

### c) *Teoría de los círculos tangentes*

Aquí resulta obligatoria la alusión a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio 2002 (RJ 6357)<sup>89</sup>, que dio solución al “Caso Banesto”; y que permite explicar de forma correcta esta teoría. Este procedimiento, que ha sido conocido de forma unitaria, realmente engloba nueve causas distintas, que revisten una gran importancia<sup>90</sup>. La Sentencia mencionada establece un punto de vista nuevo en la relación entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal; ofrece una nueva interpretación de ambos delitos, manteniendo las características esenciales de cada uno, pero estableciendo cierto margen común en ambos.

La Resolución considera que el administrador debe comportarse de forma diligente, es decir, fiel y lealmente con la sociedad que administra, así como con el principal de la misma. Siguiendo esta pauta, su conducta será correcta. Puede darse el caso, al realizar determinadas actuaciones, que éstas desemboquen en operaciones erróneas o de riesgo, y traigan consigo un perjuicio inherente. Pero no por ello será punible el comportamiento del administrador. Tan solo se enjuiciarán los

<sup>89</sup> Igualmente, siguen esta interpretación, las SSTs de 13 mayo de 2003 (RJ 3984); y 28 junio de 2005 (RJ 9307).

<sup>90</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, G., *Estudios...*, op. cit., pág. 101.



comportamientos que queden a extramuros del normal funcionamiento del mercado, pero no aquellos que a pesar de haber ocasionado un menoscabo, se hayan llevado a cabo por el administrador que actúa de buena fe.

De esta forma, determina que deben “hacerse algunas matizaciones respecto a la identidad parcial o a la diferencia radical, entre los delitos de apropiación indebida, cometidos por los administradores de hecho o de derecho en una sociedad y las administraciones desleales, en que las mismas personas puedan incurrir. Adhiriéndonos, por su grafismo y expresividad a la metáfora de los círculos, estimamos que la figura geométrica más adecuada para representar las diferencias entre la administración desleal y la apropiación indebida, resultaría de tensar sus extremos y convertirlos en círculos tangentes. El administrador se sitúa en el punto de contacto o confluencia entre ambos círculos y desde esta posición puede desarrollar diversas y variadas conductas (...). En la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad. La apropiación indebida y la administración desleal, reúnen, como único factor común la condición de que el sujeto activo es el administrador de un patrimonio que, en el caso de la administración desleal tiene que ser necesariamente de carácter social, es decir, pertenecer a una sociedad constituida o en formación”.

Además añade la Resolución que “el beneficio propio o de un tercero del que habla el artículo 295 del Código Penal, no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a una sociedad”, sino que basta con que el administrador desleal se procure una utilidad o ventaja que derive de su comportamiento sin apropiación del patrimonio social. La Sentencia cita, a modo de ejemplo:

En primer lugar, casos en los que el administrador desleal haya faltado a sus deberes a cambio de que terceros, como pueden ser competidores de forma específica, le entreguen una cantidad significativa de dinero u otra utilidad.

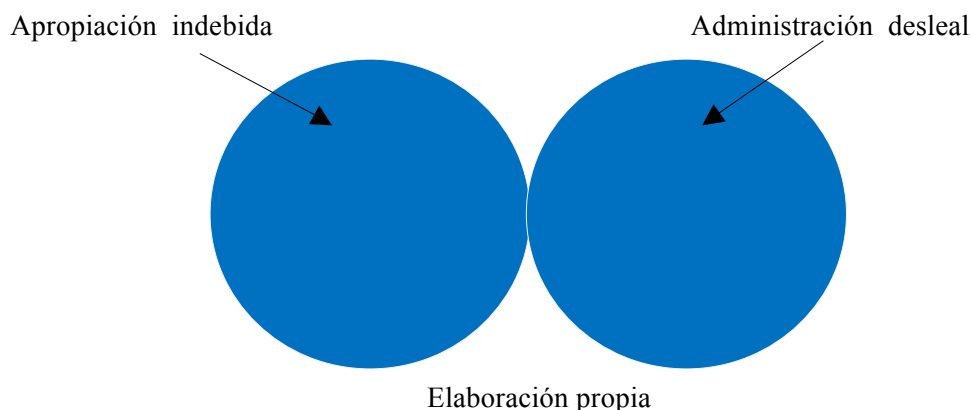
En segundo lugar, casos en los que el sujeto comete la conducta de administración fraudulenta a cambio de que le proporcionen un empleo retribuido en otras sociedades o actividades en la que hayan sido beneficiados.

Finalmente, alude a casos en los que los administradores a cambio de llevar a cabo conductas desleales persiguen escalar posiciones dentro de la misma sociedad que administran.

Por este motivo puede entenderse que el legislador fije la multa derivada del artículo 295 CP en función del beneficio obtenido, pero no del perjuicio económico causado, porque el elemento esencial del delito no es el apoderamiento del patrimonio de la sociedad.

En virtud de lo expuesto, se deduce que cuando el administrador realice actos

que persigan adjudicarse bienes de la sociedad, se habrá realizado la acción típica del delito de apropiación indebida. Por consiguiente, cada delito tendrá sus propias características; compartiendo únicamente una semejanza. Podemos representar gráficamente esta teoría de la siguiente manera:



A través de esta representación, el Tribunal pretende establecer una diferenciación más acertada que la expuesta en la Sentencia del caso “Argentia Trust”. Quizá los cuatro años que separan ambas resoluciones, fueron suficientes para que los Jueces se vieran en el deber de establecer unos límites, que de forma específica separasen el delito de apropiación indebida, del que castiga la administración desleal. No obstante, creo que la forma de deslindar ambas figuras es demasiado contundente.

La jurisprudencia, por tanto, establece como criterio delimitador que se haya producido o no la apropiación. Sin embargo, ésta no es la solución más adecuada ya que, el artículo 295 CP no tiene como finalidad la sanción concreta del quebrantamiento del vínculo de fidelidad y lealtad del administrador con la sociedad. Si hubiera perseguido únicamente punir esta conducta, la redacción del artículo probablemente habría sido diferente. Además, como la misma Sentencia indica, los ejemplos incluidos parecen estar más cerca de la conducta que denomina como “especie de cohecho entre particulares”. Ésta correspondería al actual artículo 285 bis CP<sup>91</sup>, que se incluyó en el Código penal en el año 2010 bajo la rúbrica “De la

<sup>91</sup> Artículo 285 bis CP: “1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja. 2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.”

corrupción entre particulares”, no vigente por lo tanto, en el año en que fue dictada la Sentencia del “Caso Banesto”.

Por último, la Sentencia señala que “será más grave el comportamiento del administrador que se apropia de los bienes administrados, que la del que los administra deslealmente y causa un perjuicio económico a la sociedad”. Realmente, este símil resulta paradójico en el sentido de que, como señalé anteriormente, ha sido abundante jurisprudencia la que establecido que para que se dé la aplicación del delito de apropiación indebida en su modalidad de gestión desleal, no es necesario que se pruebe que los bienes han quedado incorporados al patrimonio del sujeto activo, sino simplemente que se observe que se ha causado un perjuicio a la sociedad.

B) El delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal como figuras totalmente distintas

A partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2005 (RJ 6025)<sup>92</sup> se produce un cambio interpretativo en relación con lo expuesto anteriormente. Se ha pasado a considerar que el delito de administración desleal y el delito de apropiación indebida son figuras totalmente distintas. Para llevar a cabo esta afirmación, la jurisprudencia opta por fijar como punto que deslinda ambos delitos, el hecho de que el administrador actúe fuera o dentro de lo que puede denominarse “el ejercicio de sus funciones”. Pero, para que este criterio de separación adquiera sentido, habrá que conectarlo con otra exigencia, como es que estas actuaciones sean llevadas a cabo de forma abusiva. Suponiéndose por lo tanto, que si el administrador actúa dentro de sus funciones pero ejerciéndolas indebidamente, estará actuando abusivamente.

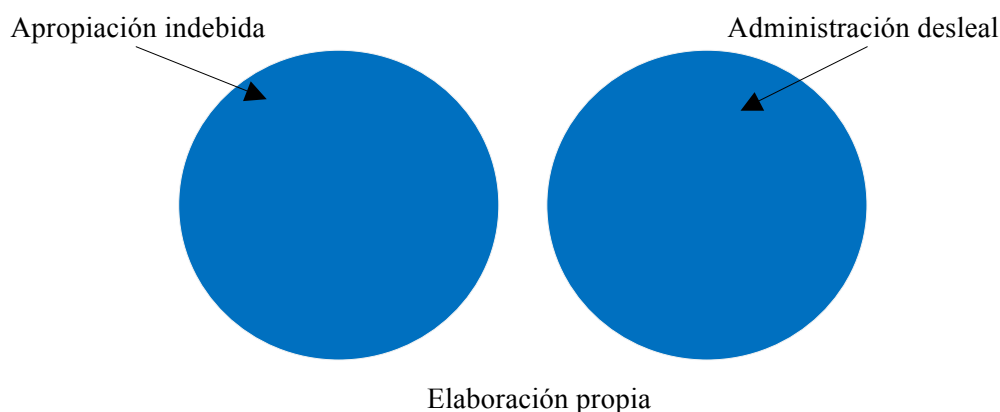
La Resolución, establece que la conducta que se identifica con el delito de administración desleal, será realizada cuando el administrador ejerza sus funciones de forma desleal dentro del ámbito del que dispone para actuar, según su posición en la sociedad. Es decir, ejerciendo sus competencias indebidamente, de forma que causan un perjuicio. La Sentencia denomina esta conducta como un “exceso intensivo”.

Por otro lado, en la apropiación indebida el administrador actúa fuera de lo que estatutariamente la sociedad le permite, es decir, se excede en sus funciones. Se entiende que realiza un “exceso extensivo”, que tendrá como resultado un perjuicio.

Resume la Sentencia, que “se trata, por lo tanto, de conductas diferentes y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permita, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio abusivo de las facultades del administrador”. Atendiendo a lo expuesto, no

<sup>92</sup> Este cambio de orientación, es confirmado por las SSTs de 17 julio de 2006 (RJ 7697); y 6 marzo de 2013 (RJ 3958).

habría mayores problemas para proponer la representación de estas figuras de forma geométrica, ya que ambos delitos se encuentran totalmente separados, así:



Finalmente, encontramos esta interpretación que atiende a una diferenciación concisa en la que cada figura cumple con “funciones de incriminación diversas”, y rige para conductas diferentes<sup>93</sup>. Ésta puede ser cuestionada, ya que determinar la aplicación del delito de administración desleal o por el contrario, de apropiación indebida a partir del desvalor de la acción que se haya llevado a cabo, resulta demasiado contundente. Debe de tomarse en cuenta no solo la conducta en sí, sino también otros elementos característicos del ilícito, que tomados en su conjunto determinarán el precepto más adecuado.

Pese a todo lo expuesto, no existe un criterio común que permita aplicar únicamente una línea jurisprudencial pacíficamente. Las que se han manifestado aquí, son las interpretaciones más relevantes (y en especial la última), a la que suelen acogerse los Tribunales. A pesar de todo, habrá que atender al caso en concreto, y a la argumentación que de forma precisa se razone ante los hechos ocurridos.

<sup>93</sup> CAMACHO ROSALES, F. J., “Apropiación...”, *op. cit.*, pág. 25.